

## **CORREÇÃO DE PROVA DE CONCURSO PÚBLICO E CONTROLE JURISDICIONAL**

### **I. A orientação tradicional da jurisprudência**

Está consolidada, já há algum tempo, na jurisprudência brasileira a orientação dominante de que não cabe ao Poder Judiciário examinar os critérios adotados pela Administração Pública na correção de provas dos concursos que realiza, para a admissão de seus servidores. Geralmente afirmam as decisões dos nossos tribunais, quando enfrentam essa matéria, que não lhes é dado substituir os juízos ou valorações feitos pelos órgãos administrativos competentes pelos seus próprios juízos ou valorações.

Tratar-se-ia, portanto, de uma área de desempenho da função administrativa jurisdicionalmente insindicável. A fundamentação jurídica para essa conclusão estaria em que o juízo sobre o acerto ou o desacerto de questões formuladas em prova de concurso público, a correção ou incorreção de respostas dadas pelos candidatos, quando comparadas com o gabarito oficial, seria matéria que diria respeito ao mérito dos atos administrativos.

Em outras palavras, todas essas indagações estariam relacionadas com a discricionariedade administrativa, campo ao qual jamais se permitiu que o Poder Judiciário tivesse acesso, pois, do contrário, restaria violado o princípio da separação das funções do Estado. O controle judicial dos procedimentos de concurso público ficaria restrito, assim, a aspectos formais e ao exame da observância do princípio da igualdade, no que

tange ao tratamento dispensado aos candidatos<sup>1</sup>.

É equivocado afirmar-se, entretanto, como logo se verá, que esses limites à investigação judicial decorreriam da impossibilidade, que lhe é reconhecida, de penetrar ou imiscuir-se nas razões de conveniência ou oportunidade da ação administrativa, de que só tem sentido falar-se quando estamos diante de atos administrativos que expressem exercício de poder discricionário.

## II. Critérios de correção de provas e poder discricionário

Nos atos discricionários, como é sabido, tem o agente público competente a faculdade de escolher, pelo menos, entre duas alternativas juridicamente possíveis, cabendo-lhe ordinariamente decidir sobre o «se» e o «como» da providência, desde que conveniente ao interesse público.

Se quisermos arrumar essa situação numa estrutura silogística teremos, num exemplo: se ocorrer «A», pode ocorrer «B» ou «C». Nesse esquema, «A», que é o fato previsto na norma, é certo e determinado, competindo à Administração, caso queira realizar ato administrativo<sup>2</sup>, escolher entre «B» ou «C». Cabe observar, porém, que as alternativas que as normas jurídicas deixam à escolha da autoridade administrativa, quando lhes confere poder discricionário, podem ser em menor ou maior número. A escolha pode, assim, dizer respeito só a «B» ou «C», como no exemplo dado, que é a hipótese mínima, mas poderá também ser concernente a «B», «C», «D», «E»... até, digamos, «Z», ou apenas até «F» ou «H», variando o número de escolhas possíveis conforme a extensão da área de discricionariedade legalmente instituída.

O que é típico dos atos de exercício de poder discricionário é que qualquer uma das alternativas que se inserem no espaço marcado pela lei é igualmente legítima e, pois, incensurável quando confrontada com o princípio da legalidade. Ilustremos isso com um exemplo: na nomeação de magistrado para provimento de vaga em tribunal reservada ao chamado quinto constitucional, tem o Chefe do Poder Executivo competente o poder discricionário de escolher qualquer um dos nomes constantes da lista tríplice que lhe

1 Assim tem-se pronunciado o Supremo Tribunal Federal, como se pode ver do acórdão proferido pela 2ª Turma, rel. Min. Carlos Velloso, no recurso extraordinário n.140.242, com remissões aos precedentes jurisprudenciais, do próprio STF e do antigo Tribunal Federal de Recursos (RDA 210/280). No mesmo sentido, o Superior Tribunal de Justiça: MS n.288, rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 25.06.90, p.6016; MS 3596, Rel. Min. Peçanha Martins, DJ 19.12.94, p.35223. Mais recentemente, sintetizando o pensamento do Tribunal, é expressivo o acórdão proferido, por unanimidade, pela 3ª Seção, rel. Min. Jorge Scartezzini, em cuja ementa se lê: «Consoante reiterada orientação deste Tribunal, não compete ao Poder Judiciário apreciar os critérios utilizados pela Administração na formulação, correção e atribuição de notas nas provas de concurso público (cf. RMS n.ºs.5.988/PA e 8.067/MG, entre outros)», DJ 17.03.2003, pg.00218. Também, TJERS, 3ª Câmara Cível, apelação cível n.º596049932 e apelação cível n.º595038910, rel. Des.Araken de Assis.

2 Atos administrativos em que a discricção do agente se limita à escolha entre praticar ou não praticar o ato, chama-os Ruy Cirne Lima de atos administrativos facultativos (Princípios de Direito Administrativo, São Paulo, RT, 1982, p.91). A doutrina alemã denomina tal discricionariedade de discricionariedade quanto à decisão (Entschiessungsermessen), enquanto a discricionariedade que concerne à eleição das providências ou medidas possíveis é designada como discricionariedade quanto à escolha (Auswahlermessen). Sobre isso, Hartmut Maurer, Allgemeines Verwaltungsrecht, München, C.H.Beck, 1999, (12ª ed.) p.124. Vd. também, nosso Poder Discricionário no Direito Administrativo Brasileiro, in RDA 179/57.

foi encaminhada e que preenche os pressupostos constitucionais e legais<sup>3</sup>. Seja qual for a pessoa nomeada, o ato administrativo respectivo será perfeitamente válido. O juízo que a Administração Pública exerce, e que se materializa na escolha do magistrado, é, aí, um juízo de conveniência que, juntamente com o juízo sobre a oportunidade, está intimamente relacionado com o «mérito» do ato administrativo, território em que não se pode imiscuir a atividade jurisdicional.

Examinados os atos administrativos de correção de provas de concurso público à luz dessas noções pertinentes à discricionariedade administrativa, que são hoje universalmente reconhecidas, caberá indagar, inicialmente, se terá a banca ou comissão examinadora o poder de considerar certa uma resposta que seja errada, ou vice versa, como se ambas as alternativas - a certa e a errada - valessem o mesmo juridicamente, repousando a escolha de uma ou outra apenas num juízo de pura conveniência. Se afirmativa a conclusão, estaremos diante de ato administrativo que expressa exercício de poder discricionário, pois tanto a resposta certa como a errada são possíveis, sob o aspecto jurídico, e estão, pois, em conformidade com a lei.

Sucedendo, porém, que, nas provas chamadas objetivas, feitas geralmente pelo método de múltipla escolha, pede-se que o candidato assinale a resposta certa ou a resposta errada. O certo ou o errado será aferido pelo confronto da resposta com o estado atual das ciências, da técnica ou das artes, conforme a área de conhecimento em que tais provas se situam. O gabarito oficial deverá espelhar com fidelidade essa situação, indicando como alternativa certa a que assim for considerada pelo estado atual das ciências, da técnica ou das artes. Se a resposta em conformidade com o gabarito oficial é a considerada certa, a que a ele não se ajustar é tida como errada. É tudo ou nada; não há meio termo, pois não há qualquer espaço para avaliação das respostas por critérios subjetivos, não sendo também necessário comparar as provas entre si. A comparação é apenas com o gabarito.

Nas provas chamadas dissertativas, o problema muda de feição. Dilata-se substancialmente, nessa hipótese, a margem de subjetivismo da avaliação. Geralmente, nessa espécie de provas, a avaliação final leva em consideração as dissertações feitas pelos demais candidatos, identificando-se a melhor prova para, a partir daí, escalonarem-se as demais. Já se vê que, nesses casos, a substituição do juízo de quem conferiu grau à prova, pelo juízo de outra pessoa, pressuporia que esta última realizasse também a análise das provas prestadas pelos demais candidatos. Bem se percebe, portanto, que haverá diferença, no tocante ao controle jurisdicional dos critérios de correção, entre as duas espécies de prova aqui examinadas.

No tocante às provas dissertativas existirá, necessariamente, na generalidade dos casos, um espaço, margem ou «área de apreciação» de que goza a Administração Pública, área que, em princípio, não existe quando se trata de prova dita objetiva. O reconhecimento da existência de uma «área de apreciação» quer significar que o con-

<sup>3</sup> CF, art. 94 e parágrafo único.

trole jurisdicional, em tais situações, é limitado, o que vale dizer que o juiz não poderá substituir os critérios de correção adotados pela banca ou comissão examinadora pelos seus próprios critérios, desde que aqueles se mostrem razoáveis.

No que diz, porém, com as provas objetivas, em que não há necessidade de estabelecer comparações com as provas dos demais candidatos, apenas o que caberá verificar é se a resposta indicada como certa no gabarito é realmente correta, em face do estado atual das ciências, da técnica ou das artes. Resposta certa e resposta errada não são intercambiáveis, não têm ambas a mesma significação jurídica. Evidenciada que a resposta é efetivamente incorreta, elimina-se tal resposta como alternativa possível a ser escolhida pela Administração Pública. E, não havendo alternativa de escolha, não há, evidentemente, possibilidade de exercício de poder discricionário e não há, também, que falar em mérito do ato administrativo, conceito indissociavelmente ligado ao de conveniência e oportunidade da ação administrativa.

Assim, referentemente ao controle judicial dos critérios de correção de provas de concurso público, será forçoso concluir que não se trata propriamente de interferir no mérito dos atos administrativos, para analisar sua conveniência ou oportunidade.

Na verdade, não se questiona que a resposta reputada como correta no gabarito é ou não mais conveniente para o interesse público, e muito menos se cogita, evidentemente, de oportunidade, da escolha do momento em que se deve fazer presente a atuação do Poder Público.

O que se coloca sobretudo em debate, nessas hipóteses, é se as respostas «X» ou «Y», consideradas como certas pelos padrões da banca ou comissão examinadora do concurso público, são efetivamente corretas em face do estado atual das ciências, da técnica ou das artes, do ramo ou da área, enfim, do saber e da cultura em que se insere a prova.

### III. Discricionariedade e conceitos jurídicos indeterminados

Já se vê que o problema proposto escapa do campo da discricionariedade para situar-se adequadamente no da aplicação de «conceitos jurídicos indeterminados», como entende a doutrina e a jurisprudência alemãs contemporâneas, ou na impropriamente chamada «discricionariedade técnica», do direito italiano.

Não se controverte, como observado, sobre conveniência ou oportunidade de ato administrativo, nem sobre escolha entre distintas consequências jurídicas, todas possíveis dentro do quadro normativo, o que é, como já dissemos, típico dos atos discricionários.

Está em debate o enquadramento de uma resposta, versando sobre afirmativa de caráter científico, técnico ou artístico, em conceito contido em norma de concurso público que exigia que tal resposta fosse correta em face do estabelecido pelo estado atual das ciências, da técnica e das artes.

Terá a banca ou comissão examinadora, por exemplo, o poder de afirmar, sem possibilidade de reexame pelo Judiciário, que a teoria da relatividade foi concebida por Galileu e não por Einstein, que o anteprojeto que se transformou no Código Civil Brasileiro de 1916 foi o de Teixeira de Freitas e não o de Clóvis Beviláqua, que Chopin compôs a 9ª Sinfonia, que José de Alencar foi o autor de «Quincas Borba», ou ainda que 2+2 são 5, que as regras sobre prescrição das pretensões de direito privado são de direito processual e não de direito material ou que a constatação da existência do bacilo de Koch serve ao diagnóstico da sífilis?

Terá, em suma, o poder de transformar o branco em preto, o quadrado em redondo e de fazer do falso o verdadeiro e vice-versa?

Caso se diga que sim, que a banca ou comissão Examinadora tem esse poder, desde que assegurado tratamento igual para todos os candidatos, por certo se estará asseverando, implicitamente, que ao proceder desse modo não estará causando a autoridade administrativa qualquer lesão a direito individual, sendo impertinente, nesse contexto, a invocação do art. 5º, XXXV, da Constituição Federal, ou de qualquer outro princípio ou regra constitucional, muito especialmente os que se referem à Administração Pública, relacionados no art. 37, onde estão consignadas as normas atinentes ao acesso aos cargos, funções e empregos públicos, ou até mesmo do princípio maior, do Estado de Direito, proclamado no art. 1º da Constituição da República.

As indagações antes feitas poderiam ainda ser desdobradas em outras, da máxima relevância para a teoria geral do direito, como as que a seguir se formulam: estando os conceitos indeterminados contidos em normas jurídicas, será admissível que o Poder Judiciário se recuse a apurar a correta aplicação dessas normas, só porque elas são enunciadas em termos vagos (p. ex., em cláusulas gerais), ou porque os aplicadores de tais regras são órgãos que exercem uma outra função do Estado, a função administrativa, comumente desempenhada pelo Poder Executivo?

Na hipótese de afirmar-se, entretanto, que existe controle do Poder Judiciário sobre os atos da Administração que apliquem conceitos jurídicos indeterminado, será de perquirir-se, então, se esse controle é (a) pleno ou total, embora o Judiciário possa manter o ato administrativo por entendê-lo razoável ou plausível ou se (b) será de regra limitado, só se efetivando quando existir erro manifesto de apreciação, como no direito francês, ou, até mesmo, nem sequer nesta última hipótese.

A tentativa de esclarecimento das dúvidas e de eliminação das inquietações que essas questões provocam, deve começar pela elucidação das diferenças entre os atos administrativos que expressam exercício de poder discricionário e os atos administrativos que aplicam conceitos jurídicos indeterminados, ou entre a verdadeira discricionariedade e a «discricionariedade técnica», que só impropriamente pode ser qualificada como discricionariedade.

Por muito tempo pensou-se que essas duas categorias de ato administrativo fossem a mesma coisa, sendo ambas tratadas com formas da discricionariedade. E

até hoje, em alguns sistemas jurídicos, como o francês e o nosso, a orientação francamente dominante é a de englobar os atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados na categoria dos atos administrativos de exercício de poder discricionário<sup>4</sup>.

A elaboração do conceito de «discricionarietà técnica», que é largamente usado no direito administrativo italiano, muito contribuiu para separar ambas as espécies de atos administrativos - os de exercício de poder discricionário e os de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

A expressão «discricionarietà técnica» tem pertinência com aquelas decisões tomadas pelo administrador ao ter de manifestar-se, pela via do ato administrativo, sobre questões de natureza científica, técnica ou artística, a respeito das quais pode haver multiplicidade de opiniões cuja correção ou incorreção muitas vezes é de difícil verificação, em razão do elevado grau de abstração das proposições, regras e conceitos envolvidos.

Há mais de cem anos, em 1886, escrevendo precisamente sobre a chamada «discricionarietà técnica», em um livro clássico na história do Direito Administrativo, *Rechtsprechung und materielle Rechtskraft* (Jurisprudência e Força Jurídica Material), o jurista austríaco Edmund Bernatzik concluía que nesses casos se tornava impossível o controle jurisdicional. Contudo, advertia que as «conclusões dos experts não dependiam de sua vontade, mas eram condicionadas pela regras da ciência e da arte, sendo certamente impugnável a opinião que manifestamente contrariasse essas regras»<sup>5</sup>.

Não é aqui a ocasião de descrever o caminho percorrido pela ciência jurídica de expressão alemã para distinguir entre atos administrativos discricionários e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados<sup>6</sup>. Bastará registrar o atual status quaestionis, com a observação da importância que ela adquiriu, por influência do direito germânico, no Direito Administrativo espanhol, notadamente pela obra de García de Enterría e Tomás Ramón Fernández<sup>7</sup> e no Direito Administrativo

4 Confira-se, no direito brasileiro, Diogo de Figueiredo Moreira Neto, no seu excelente ensaio sobre Legitimidade e Discricionarietà, Rio, Forense, 1991; Celso Antônio Bandeira de Mello, *Discricionarietà e Controle Jurisdicional*, São Paulo Malheiros, 1991, que reconduz ao conceito de discricionarietà tanto aquelas situações em que a norma haja descrito de modo impreciso a situação fática (o que caracterizaria os conceitos jurídicos indeterminados), quanto aquelas em que a norma tenha aberto ao agente público alternativas de conduta (discricionarietà propriamente dita), “seja (a) quanto a expedir ou não expedir o ato, seja (b) por caber-lhe apreciar a oportunidade adequada para tanto, seja (c) por lhe conferir liberdade quanto à forma jurídica que revestirá o ato, seja (d) por lhe haver sido atribuída competência para resolver sobre qual será a medida satisfatória perante as circunstâncias” (p.19). Também nessa linha, Maria Sylvia Zanella di Pietro, *Discricionarietà Administrativa na Constituição de 1988*, São Paulo, Atlas, 1991, ao entender como hipótese de discricionarietà a relacionada com a aplicação de conceitos jurídicos indeterminados (p.46). Aceitando essa posição, mas não inteiramente, por último, Marcelo Harger, *A Discricionarietà e os Conceitos Jurídicos Indeterminados*, RT 756/33.

5 «Die Schlüsse der Sachverständigen hängen nicht vom ihren Belieben ab, sondern sind durch die Regel der Wissenschaft oder Kunst bedingt; ein Gutachten, das diesen Regel offenbar widerspricht, ist gewiss anfechtbar”, 1964, Scientia Allen, reprodução fotomecânica da edição de 1886, Wien, p. 44, nota 7.

6 Veja-se, sobre a evolução histórica, Horst Emcke, “Ermessen” und “Unbestimmter Rechtsbegriff” im Verwaltungsrecht, Tübingen, 1960, J.C.B Mohr, p.7 e ss.; Antônio Francisco de Souza, «Conceitos Indeterminados» no Direito Administrativo, Coimbra, Almedina, 1994, p.34 e ss. Também, ainda que de forma muito sumária, Almiro do Couto e Silva, op. cit., nota 2 supra.

7 Curso de Derecho Administrativo, Madrid, Civitas, 2002, p. 459 e ss.

português<sup>8</sup>, com reflexos também no Direito Administrativo brasileiro.

Embora a discussão fosse antiga, por volta da metade deste século é que passaram os administrativistas germânicos, ou de expressão alemã, a estabelecer habitualmente a distinção entre atos administrativos de exercício de poder discricionário e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Enquanto nos primeiros, como já se realçou, a faculdade de escolha que tem o agente se refere à própria ação administrativa ou à consequência jurídica, nos últimos a questão se transfere para a subsunção do fato na norma enunciada em termos vagos, elásticos, imprecisos, pela utilização de conceitos indeterminados<sup>9</sup>.

Nesse contexto é sempre lembrada a famosa imagem, cunhada por Philipp Heck<sup>10</sup>, que distinguia, nos conceitos jurídicos indeterminados, um núcleo perfeitamente nítido, em que a subsunção dos fatos se realizava sem maiores discussões e um halo, dentro do qual a subsunção seria feita sempre com maior dificuldade, ou com maiores dúvidas, à medida que se afastava do núcleo central, até chegar-se numa zona em que todos concordariam que os fatos ali situados não mais seriam subsumíveis no conceito.

Bernatzik, com outras palavras, de algum modo já dissera isso, ao observar que se alguém afirmasse que o céu era sempre vermelho, teria a repulsa ou a contestação de todos quanto ouvissem tal assertiva, muito dos quais talvez chamassem o autor daquela afirmação de cego ou de louco. Mas, em outras matérias, as opiniões não seriam assim uniformes. À afirmação de que tal comida era ruim, ou que determinada música era tediosa ou que certa melodia era banal, a reação das pessoas poderia ser de aprovação por uns e de oposição por outros, não se chegando jamais a consenso.

Quem estaria certo? Quem estaria errado? Algo semelhante acontece na vida jurídica, concluía o jurista austríaco<sup>11</sup>.

Daí tirava ele a ilação de que, em questões técnicas, como muito freqüentemente não se poderia desde logo saber qual a opinião que seria certa ou errada, tornava-se impossível o controle jurisdicional.

A crítica que se pode fazer a Bernatzik é a de ter comparado questões sobre o gosto das pessoas, em que uma imensa margem de subjetivismo é ineliminável como já reconheciam os romanos na máxima célebre: *de gustibus et coloribus non est disputandum* - com a tarefa de subsunção de um fato da vida ou da natureza num conceito de elevado grau de abstração contido em regra jurídica.

Por mais genérica que seja a norma jurídica, tanto o administrador quanto o juiz têm de aplicá-la. Não fosse assim, estariam eles impedidos de aplicar as cláusulas gerais,

8 Veja-se por exemplo José Manuel Sérvalo Correia, *Legalidade e Autonomia Contratual nos Contratos Administrativos*, Coimbra, Almedina, 1987, p. 331 e ss.; António Francisco de Sousa, «Conceitos Indeterminados no Direito Administrativo», Coimbra, Almedina, 1994, *passim*, mas especialmente p. 205 e ss.

9 Veja-se, além de Hartmut Maurer, *op. cit.*, p. 132 e ss. e *Elementos de Direito Administrativo Alemão*, Porto Alegre, Fabris, 2000, trad. de Luis Afonso Heck, p. 54 e ss.; Fritz Ossenbühl, in Hans-Uwe Erichsen, *Allgemeines Verwaltungsrecht*, Berlin-New York, 1995, p. 194 e ss.; Hans Julius Wolff/Otto Bahof/Rolf Stober, *Verwaltungsrecht I*, München, C.H. Beck, 1994, p. 365 e ss.

10 *Gesetzesauslegung, Begriffsbildung und Interessen Jurisprudenz*, in AcP, vol. 112 (1914) 0. 1 e ss.

11 *op. cit.*, p. 43.



que são tão comuns nos ordenamentos positivos dos nossos dias, de direito privado ou de direito público. Seria inadmissível, por exemplo, que o juiz alemão se recusasse aplicar o §242, do BGB, sob a alegação de que a noção de boa fé, ali expressa, é fluida, vaga, nebulosa ou imprecisa, ou que o juiz brasileiro, por idênticas razões, negasse aplicação ao art.51, IV, do CDC ou ao art.422 do novo Código Civil.

A conduta que, para uns, seria considerada conforme à boa fé, poderia ser, para outros, caracterizadora de comportamento desleal.

De qualquer modo, em face do fato e da norma, sopesando os argumentos num sentido e noutro, terá o juiz de decidir se o fato em cogitação se relaciona ou não com a norma. Para este problema só há duas respostas hipoteticamente possíveis, sim ou não, e o juiz terá necessariamente de escolher uma delas. Em termos lógicos, só uma dessas respostas é a correta. Quando o juiz chega à sua conclusão e decide que o fato se enquadra na norma (ou que não se enquadra) para ele a única solução certa é a que adotou.

Ao juiz pode ser proposta, em face do caso concreto que lhe incumbe julgar, a questão de saber se a norma jurídica que contém conceito jurídico indeterminado foi corretamente interpretada e aplicada pela Administração Pública, ao realizar ato administrativo. O que antes se disse, a propósito da posição do juiz na direta aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, por certo vale também para o controle jurisdicional, que ele exerce, a respeito de atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados.

Nesses atos administrativos já vimos que não tem o agente público, como também não terá o juiz incumbido da revisão judicial, a possibilidade de livremente escolher entre a solução «A» e a solução «B» - como sucede nos atos discricionários sendo ambas as soluções equivalentes perante o Direito.

Nos atos discricionários, escolhida a solução «A» ou a solução «B», está o Poder Judiciário inibido de discutir o acerto ou erro de qualquer uma dessas soluções, pois tanto uma quanto outra são soluções perfeitamente jurídicas.

Percebe-se, desse modo, que o controle jurisdicional sobre os atos discricionários é sempre e necessariamente limitado. Ele compreende, é óbvio, os aspectos formais, mas encontra limite no mérito do ato administrativo, no exame da conveniência e da oportunidade da medida, bem como na escolha da providência adotada, desde que é claro, esteja dentro dos limites legais ou, como hoje talvez fosse mais adequado dizer, dentro dos limites do Direito.

Modernamente, os limites jurídicos à atuação do Poder Público, quando o faz pela forma de atos administrativos discricionários, foram consideravelmente restringidos por princípios constitucionais, como o da igualdade, o da imparcialidade, o do devido processo legal substancial, o da razoabilidade, ou ainda pelo princípio da proporcionalidade, este último há muito destacado pela ciência do Direito Administrativo, em tema de discricionariedade, mas só recentemente incorporado ao Direito Constitucional.



De todo o modo, o que parece importante realçar, é que os limites à investigação judicial dos atos administrativos de exercício de poderes discricionários já estão, a priori, definidos. Identificado o ato administrativo como pertencente a essa categoria, já se sabe, previamente a qualquer outra análise, que ele terá uma área substancial - o mérito - imune a qualquer revisão pelo Poder Judiciário.

No que respeita, porém à aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, pela Administração Pública, o controle jurisdicional sobre os atos administrativos é, em princípio, ilimitado ou total, só existindo umas poucas exceções a essa regra, como mais adiante se verá, quando, no processo de aplicação do conceito, aperceber-se o aplicador que inexistem elementos que o permitam convencer-se que a solução adotada pela Administração Pública é equivocada, embora também falem elementos para que afirme ser ela correta.

Otto Bachof, em 1955, elaborou a teoria da «área de apreciação» (*Beurteilungspielraum*), pela qual afirmava existir, em certas circunstâncias, na aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, um espaço impenetrável à revisão judicial. Propunha ele que esse conceito substituisse o de «discricionariedade na subsunção» (*Subsumtionsermessen*) ou de «discricionariedade cognitiva» (*kognitiven Ermessen*), muito embora a atividade de subsunção de um fato em uma norma seja sempre de caráter cognitivo. De discricionariedade só se poderia falar, portanto, quando se tratasse de um ato de vontade do aplicador da norma, como ocorre na verdadeira e típica discricionariedade administrativa.

A teoria da margem de apreciação, de Bachof, implicava o estabelecimento de um controle jurisdicional sempre limitado, no que respeita aos atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados. Outras teorias, como a das soluções «sustentáveis» (*vertretbaren*), de Ule, ou a da «prerrogativa de avaliação» (*Einschätzungsprerogative*), de H.J. Wolff, de que gozaria a Administração Pública, conduzem a resultados muito parecidos aos da teoria de Bachof, motivo pelo qual elas hoje são geralmente examinadas como espécies da teoria da margem ou da «área de apreciação»<sup>12</sup>.

Num primeiro momento, tanto o Tribunal Constitucional Federal, o *Bundes Verfassungsgericht*, quanto o Tribunal Federal Administrativo, o *Bundes Verwaltungsgericht*, inclinaram-se pela aceitação da teoria da margem, espaço ou «área de apreciação».

Atualmente, porém, ambos esses Tribunais rejeitam aquela teoria, bem como as que lhe são assemelhadas, muito embora o debate siga vivo no campo doutrinário. Sinala Maurer, a este propósito, que «a Corte Administrativa Federal, no início, só exercia um controle limitado sobre os conceitos jurídicos indeterminados, mas, logo após, passou a sustentar a tese segundo a qual, abstração feita das exceções que serão apresentadas mais adiante, os conceitos jurídicos indeterminados são suscetíveis de um controle integral por parte dos tribunais, não tendo a Administração, conseqüentemente,

<sup>12</sup> Assim, por exemplo, por Hartmut Maurer, *Allgemeines...*, p.134 e *Elementos*, p.56 e ss.

nenhuma margem de apreciação»<sup>13</sup>.

A primeira dessas exceções concerne justamente à questão que estamos analisando, pois diz respeito ao controle jurisdicional das respostas consideradas como corretas pela Administração Pública, em exames realizados por seus órgãos ou instituições.

De novo é Maurer, talvez o mais divulgado dos administrativistas alemães contemporâneos e dos mais reputados entre eles, quem descreve a posição atual da jurisprudência germânica sobre essa matéria:

«A área de apreciação quanto ao direito aplicável aos exames foi reconhecida pela antiga jurisprudência administrativa a partir da decisão fundamental do Tribunal Administrativo Federal de 25.04.1959 (BVerwGE 8,272) porque, no âmbito escolar, as apreciações são de caráter técnico e científico mas também, igualmente, de caráter pedagógico, e, nas mais das vezes, a situação existente no dia do exame não pode ser repetida, faltando, além disso, para o posterior controle judicial do caso concreto, a necessária comparação com as provas dos outros candidatos. Assim, a correção das provas não poderia ser materialmente controlada, restringindo-se o controle à verificação de ter o examinador (1) observado as regras do procedimento, (2) partido de uma constatação exata dos fatos, (3) seguido os critérios de avaliação geralmente aceitos, e

(4) não se ter deixado guiar por considerações impertinentes. Desse modo, as afirmações dos candidatos de que o examinador, ilegitimamente, considerou errada uma resposta que era correta, não pode ser levada em conta, nem mesmo sob o aspecto dos critérios gerais de avaliação. Seria diferente se a avaliação material parecesse ser arbitrária»<sup>14</sup>.

Prossegue o mesmo autor notando que o Tribunal Constitucional Federal tomou posição contrária a esse entendimento, desde duas decisões importantes, proferidas em 14 de abril de 1991, nas quais se pronunciou sobre exames para o acesso ao exercício profissional. Nessas decisões firmou o Tribunal Constitucional Federal a orientação de que, em matéria técnica ou científica, o controle judicial é pleno e ilimitado, inexistindo qualquer margem ou «área de apreciação».

Os tribunais administrativos, nesses casos, podem e devem apreciar integralmente as avaliações feitas pela Administração em questões de natureza técnica, inclusive com a ajuda, se necessário, de peritos.

Uma vez que fique evidenciado que a resposta do candidato é adequada (zutreffend) ou pelo menos «sustentável» (vertretbar) e fundamentada com ponderáveis argumentos, não pode ela ser considerada errada, como acertadamente decidiu o Tribunal Constitucional Federal<sup>15</sup>.

13 Allgemeines, p. 136 e ss.; Elementos..., p.58 e ss.

14 Allgemeines, p. 139 e ss.; Elementos..., p. 56 e ss.

15 Allgemeines ..., 140 «Der Kandidat ist daher auch mit der Behauptung zu hören, seine Antwort auf die Prüfungsfrage sei zutreffend oder zumindest vertretbar gewesen. Zu Recht stellt das BVerfG fest das eine vertretbare un mit gewichtigen Argumenten folgerichtig begründete Lösung nicht als falsch gewertet werden darf». E, ainda mais incisivo, Elementos..., p.59 :«O examinador não deve avaliar como errônea uma solução exposta pelo examinando se ela esta consequentemente fundamentada e na literatura, em alguma parte, é eustentada seriamente, mesmo que ele próprio a considere como errônea».

Só existe um controle judicial limitado das avaliações das provas quando elas estiverem especificamente relacionadas com o exame (prüfungsspezifische Wertungen), de tal modo que a consideração isolada da prova de um candidato possa hostilizar a igualdade de chances e, pois, o princípio constitucional da igualdade (GG, art. 3 I).

Conclui Maurer que, embora esses julgados do Tribunal Federal Constitucional tenham sido proferidos em casos de exames exigidos para o exercício profissional, eles devem se estender para qualquer espécie de exame<sup>16</sup>.

Cremos que o Tribunal Constitucional Federal alemão colocou a questão nos devidos termos, ao sustentar a inexistência de margem de apreciação no tocante às questões de exame de natureza técnica ou científica e a existência dessa margem ou «área de apreciação», quando se cogitar de prova, por exemplo, cuja avaliação não dispense a análise das provas de todos os demais candidatos. É o que sucede nas provas de natureza dissertativa nas quais, para a justa avaliação de uma delas, será indispensável o cotejo com as outras.

Também é razoável o reconhecimento de «área de apreciação» nas provas realizadas em escolas públicas, quando entram outros fatores, como os de natureza pedagógica, como já salientado na jurisprudência tradicional dos tribunais administrativos alemães.

Além do mais, é de ponderar-se que nas escolas e instituições públicas de ensino conhece o aluno a orientação dos mestres e o que eles consideram certo ou errado.

Entretanto, nas provas chamadas objetivas, ou de múltipla escolha, ordinariamente realizadas nos concursos públicos brasileiros, não há nenhum razão que autorize o reconhecimento de uma margem de apreciação à banca ou comissão examinadora que devesse ser respeitada pelo Poder Judiciário, pois as considerações sobre igualdade de chances ou sobre a necessidade do cotejo de uma prova com todas as demais não têm qualquer sentido. O que resta, nessas hipóteses, é a indagação se, em matéria científica, técnica ou artística, pode a banca reputar como certa resposta insustentável à luz da técnica ou da ciência ou, inversamente, considerar como errada resposta que, por aqueles padrões, é correta. Neste particular, o controle jurisdicional é, em princípio, total e irrestrito, só podendo ser limitado pelo próprio órgão julgador caso conclua que os elementos constantes do processo não lhe permitem afirmar que a solução tida como correta pela banca ou comissão examinadora é errada, ou vice-versa.

Não são poucas as situações de aplicação de normas jurídicas cujo conteúdo é composto por noções técnicas ou científicas grandemente abstratas e, por isso mesmo, vagas ou imprecisas, em que a Administração Pública, por estar mais próxima dos problemas concretos e dispor de meios técnicos que faltam ao Poder Judiciário, terá melhores condições do que o juiz de aplicar corretamente aquelas noções incorporadas aos textos legais.

Isso ocorre, sobretudo, na área das licitações. Mas acontece, também, nos concursos públicos, notadamente naqueles realizados para o provimento de cargos técnicos,

<sup>16</sup> Allgemeines..., p.140.

das mais diferentes áreas de conhecimento. É claro que, sendo em princípio, pleno o controle judicial dessas questões, no curso do processo, com a colaboração dos peritos e assessores técnicos e com as contribuições trazidas nos respectivos laudos, poderá o juiz formar convicção firme de que, ao contrário do que consignava o gabarito, a resposta correta era a do candidato, ou que nenhuma resposta do gabarito, no pertinente a determinada ou determinadas questões, era certa. Se assim efetivamente acontecer, não haverá nenhuma razão, nem lógica, nem jurídica, para que o juiz, convencido do erro da administração, cruze os braços diante da iniquidade, ao argumento de que, se agisse diferentemente, estaria atravessando linha rigidamente imposta pelo princípio constitucional da separação dos poderes.

Cabe advertir, entretanto, que, na generalidade dos casos, a apuração da correção ou incorreção do gabarito não dispensará o auxílio de peritos, o que torna inviável, já se vê, a utilização do mandado de segurança para discutir questões da natureza da que estamos examinando.

#### IV. Conclusão

A jurisprudência brasileira, em tema de controle judicial de atos administrativos praticados em procedimento de concurso público para provimento de cargos e empregos público, é extremamente conservadora e continua a orientar-se por padrões incompatíveis com os apregoados pelo Direito Constitucional contemporâneo, como, por exemplo, o da maior efetividade possível da Constituição<sup>17</sup>, o que vale dizer, do próprio Estado de Direito.

O direito de acesso aos cargos e empregos públicos está prestigiado na nossa Constituição da República como um direito subjetivo público, correlacionado com o direito ao trabalho, que é um direito fundamental<sup>18</sup>, cercado de garantias que resultam, sobretudo, do princípio democrático, dentre as quais avulta a que se expressa na exigência de concurso público a que terão de submeter-se os que aspiram alcançar aquelas posições.

O concurso público para a admissão nos serviços do Estado é um procedimento sério de seleção de candidatos, no qual deverá existir, em linha de princípio, a possibilidade de controle - não apenas administrativo, pelos caminhos dos recursos pertinentes - mas também de caráter jurisdicional, dos critérios de correção das provas, sob pena de poder transformar-se em fraude e burla dos interesses dos competidores.

Já foi anteriormente ressaltado que a Administração Pública não tem o poder

<sup>17</sup> Esclarece J.J. Gomes Canotilho: «Este princípio, também designado por princípio da eficiência ou princípio da interpretação efectiva, pode ser formulado da seguinte maneira: a uma norma constitucional deve ser atribuído o sentido que maior eficácia lhe dê. É um princípio operativo em relação a todas e quaisquer normas constitucionais, e embora a sua origem esteja ligada à tese da actualidade das normas programáticas (Thoma), é hoje sobretudo invocado no âmbito dos direitos fundamentais (no caso de dúvidas deve preferir-se a interpretação que reconheça maior eficácia aos direitos fundamentais).» (Direito Constitucional e Teoria da Constituição, Coimbra, Almedina, 2000, p. 1187).

<sup>18</sup> CF, art. 6º

incontrastável de reputar como certo o que bem lhe parecer, pois isso seria arbítrio.

Via de regra, no estágio atual do Direito Administrativo, não se admite que, salvo em casos excepcionais, goze a Administração Pública de «área de apreciação» na correção de questões científicas, técnicas ou artísticas formuladas em provas de concurso público. Dito de outro modo, nessa hipótese, o controle jurisdicional não é, a priori, limitado, como ocorre com o controle dos atos administrativos de exercício de poder discricionário, mas, sim, a priori, ilimitado.

As exceções ao controle ilimitado ou pleno do Judiciário, nessas situações, podem decorrer, como já ressaltado, do tipo de prova realizada e do modo como foi ela aplicada. Há, por exemplo, «área de apreciação» da Administração Pública, quando é indispensável, para a correção da prova ou atribuição de grau, o exame comparativo das provas prestadas pelos demais candidatos, como sucede nas provas dissertativas.

Outra exceção pode verificar-se quando, em razão da complexidade da matéria versada, o juiz não se considerar capacitado a afirmar se está correta ou incorreta a resposta dada como certa ou errada pela Administração Pública, apesar dos pronunciamentos e dos esclarecimentos prestados pelos técnicos que se manifestaram no processo.

De qualquer modo, a essa conclusão só chegará o juiz por uma limitação cognoscitiva identificada no final de todo um esforço desenvolvido ao longo do processo e endereçado a apurar, no confronto do gabarito oficial com as soluções recomendadas pelo estado atual das ciências, da técnica e das artes, se eles estavam ou não em harmonia. Isso não sendo possível, caberá ao juiz manter as valorações e juízos da Administração Pública, nada justificando que os substitua por seus próprios juízos ou valorações.

A jurisprudência brasileira dominante tem ficado fiel, há muito tempo, no concernente ao controle jurisdicional de correção de provas em concursos públicos, a orientação que hoje se poderia chamar tranquilamente de anacrônica, por desconhecer os avanços técnicos verificados, no século passado, nos campos específicos do Direito Constitucional e do Direito Administrativo.

Nas mais das vezes, as decisões que se incorporam aos rumos da nossa jurisprudência dominante nessa matéria, nem mesmo cogitam, como o faz o direito francês, dos «erros manifestos de apreciação» no exercício do poder discricionário.

Como é sabido, e como tive ocasião de registrar em outra ocasião, na França, «só muito recentemente é que os atos administrativos de exercício de competência discricionária, além da submissão ao controle jurisdicional comum - sob aspectos externos, como a competência, a forma e o procedimento, ou mesmo internos, como o desvio de poder, o erro de direito e o erro na verificação material dos fatos - passaram a sujeitar-se à revisão dos tribunais administrativos também quando expressam «erro manifesto de apreciação» ou, ainda, especificamente em matéria de desapropriação, não haja proporcionalidade entre custos e benefícios, na ponderação feita pela autoridade administrativa.

No que toca ao primeiro tema, ao «erro manifesto de apreciação», é oportuno

transcrever as palavras de uma das mais ilustres administrativistas contemporâneas, Jacqueline Morand-Deville:

«Nas áreas onde ela dispõe de um poder discricionário, à administração se reconhece “um poder para errar”, “a power to err”, como dizem os administrativistas anglo-saxões. Mais exatamente, uma certa dose de imprecisão lhe é concedida. A oportunidade das escolhas é apreciada com tolerância e a margem de liberdade é tanto maior quanto forem numerosas as alternativas oferecidas.

Mas há um “limiar” que não pode ser ultrapassado. Se a decisão em causa pode prestar-se à discussão, ela não poderá desafiar o bom senso e a lógica a ponto de atingir o absurdo. O erro manifesto é grave, grosseiro e tão evidente que poderia ser identificado por qualquer leigo. Dispor de poder discricionário não autoriza a administração a fazer o que bem entende. O erro de apreciação é tolerado pelo juiz, o erro manifesto é censurado»<sup>19</sup>.

Por essas observações bem se percebe que a teoria francesa do «erro manifesto» de algum modo se aproxima da teoria alemã da margem ou área de apreciação (*Beurteilungsspielraum*) ou ainda das soluções que a jurisprudência italiana geralmente tem dado aos casos em que se verifica «discrezionalità tecnica».

A «discrezionalità técnica»- segundo antigo entendimento, hoje por vezes contestado - distingue-se do «accertamento técnico» pelo nível de certeza que a ciência, a técnica ou as artes podem oferecer, diante de determinados fatos. Assim, a identificação do teor alcoólico de uma bebida é um «accertamento técnico» e a qualificação de um acidente da natureza como dotado de beleza paisagística é um ato que envolve «discrezionalità técnica», comportando vários modos de apreciação e, pois, conclusões distintas<sup>20</sup>. Segundo Rocco Galli, a discricionariedade técnica exprime «um dos perfis do mérito administrativo» razão pela qual, em princípio, conforme a jurisprudência tradicional, não está sujeita ao controle do Judiciário<sup>21</sup>.

Contudo, a doutrina tem criticado severamente o entendimento de que a discricionariedade técnica seria verdadeiramente espécie de discricionariedade<sup>22</sup>, preferindo aproximar essa noção da concepção germânica dos «conceitos jurídicos indeterminados», na medida em que ela se refere «a um momento conoscitivo e implica solo giudizio».

Por outro lado, mesmo nos casos de discricionariedade em sentido próprio, o

19 Cours de Droit Administratif, Paris, Montchrestien, 2001, p.264: «Dans les domaines où elle dispose d'un pouvoir discrétionnaire, l'administration se voit reconnaître “a power to err”, comme disent les administrativistes anglo-saxons. Plus exactement, une certaine dose d'imprécision lui est concédée. L'opportunité des choix est appréciée avec tolérance et la marge de liberté est d'autant forte que les alternatives offertes sont nombreuses. Mais il y a un “seuil” à ne pas franchir. Si la décision retenue peut prêter à discussion, elle ne saurait défier le bon sens et la logique au point d'atteindre l'absurdité. L'erreur manifeste est grave, grossière et si évidente qu'elle pourrait être décelée par n'importe quel profane. Disposer d'un pouvoir discrétionnaire n'autorise pas l'administration à faire n'importe quoi. L'erreur d'appréciation est tolérée par le juge, l'erreur manifeste est censurée».

20 Rocco Galli, Corso di Diritto Amministrativo, Padova, Cedam, 1994, -377-378.

21 Op. cit. p.378-379.

22 Quanto a isso, por todos, M.S. Giannini, Diritto Amministrativo, Milano, Giuffrè, 1970, vol 1º. p.488.

direito italiano, quer pela doutrina quer pela jurisprudência, a tem consideravelmente restringido mediante a singular feição que assumiu, no direito peninsular, o «excesso de poder». Este se expressaria, por exemplo, nas hipóteses de «injustiça manifesta», de «manifesta irracionalidade» ou de «macroscopiche illogicità» da escolha discricionária, entre outras situações em que ressalte a falta de razoabilidade da medida. Com a razoabilidade, ligam-se, também, as noções de congruência, adequação e proporcionalidade. Todas elas são balizas postas à ação administrativa discricionária, as quais implicam ampliação do controle jurisprudencial sobre a discricionariedade, seja administrativa, seja técnica<sup>23</sup>.

Esse tratamento diferenciado, particularizado, diríamos até matizado que o direito estrangeiro - especialmente o alemão, o francês e o italiano - vêm dando às hipóteses que versam matéria de controle jurisdicional de atos administrativos de exercício de poder discricionário ou de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, curiosamente não tem tido maior influência sobre as decisões dos tribunais brasileiros quando se pronunciam sobre a revisão judicial das correções de provas de concursos públicos.

Ordinariamente, permanecem nossos tribunais aferrados à antiga e ultrapassada concepção de que o controle do Poder Judiciário, nesses casos, é sempre e a priori limitado, não cabendo, por consequência ao juiz investigar a correção ou incorreção das respostas reputadas como certas pela Administração Pública, nem mesmo quando haja «erro manifesto de apreciação».

Quanto ao discri-me entre atos administrativos de exercício de poder discricionário e atos administrativos de aplicação de conceitos jurídicos indeterminados, que importa um notável progresso no controle dos atos administrativos pelo Poder Judiciário, é ponto absolutamente ignorado pela jurisprudência brasileira.

A explicação, nunca confessada, dessa posição excessivamente conservadora dos nossos tribunais parece estar numa visão equivocada de política judiciária. A ampliação do controle jurisdicional sobre os concursos públicos é claro que aumentaria também, e de forma considerável, o trabalho do Poder Judiciário brasileiro, gerando número elevado de ações relacionadas, por exemplo, com os exames vestibulares realizados pelas universidades públicas, ou com as provas efetuadas para ingresso nas carreiras da magistratura, do ministério público ou das demais assim chamadas carreiras jurídicas, bem como para o provimento em cargos e empregos públicos qualificados como técnico-científicos.

Em muitas dessas ações teriam os juízes de apreciar questões de natureza científica ou técnica de considerável complexidade, o que lhes demandaria tempo, esforço e estudo para formar convicção sobre elas. Tudo isso entravaria ainda mais o funcionamento do nosso Judiciário, exatamente num momento em que uma de suas grandes preocupações é a busca de fórmulas que reduzam o número imenso de ações

23 Cf. Umberto Zuballi, *Il Controllo della Discrezionalità*, in *Potere Discrezionale e Controllo Giudiziario*, Milano, Giuffrè, 1998, p.155; José Manuel Sérvulo Corrêa, op. cit., p.176, .



com que se vê a braços, a grande maioria das quais tem como réu o Poder Público.

Nenhuma dessas razões, entretanto, por ponderáveis que possam parecer, explica ou justifica que agravos a direitos subjetivos públicos dos indivíduos, que envolvem direitos fundamentais, sejam excluídos de apreciação do Poder Judiciário apesar da garantia constitucional expressa em termos inequívocos (CF, art. 5º, XXXV), ao argumento de que os critérios de correção de provas de concursos públicos, adotados pela Administração Pública, situam-se em área de apreciação imune ao controle jurisdicional, por caracterizarem exercício de poder discricionário.

Os problemas do Poder Judiciário por certo não haverão de ser resolvidos reduzindo a efetividade da Constituição, ao admitir-se que as regras nela consignadas, concernentes aos concursos de acesso à função pública, possam ser interpretadas pelos tribunais em desfavor dos candidatos injustiçados naqueles certames, ou porque as questões estavam mal formuladas, ou porque o gabarito estava incorreto, ou porque os candidatos acertaram as respostas às questões propostas e a Administração considerou, equivocadamente, tais respostas como erradas ou por outro vício qualquer nos critérios de correção.

A lamentável omissão do Poder Judiciário, nesses casos, ao consagrar a intangibilidade de graves lesões a direitos subjetivos públicos, a direitos fundamentais e à justiça material, apenas serve para acentuar a distância entre o Estado de Direito que temos e um outro, bem mais perfeito, que poderíamos ter.